CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PHILLIPPE LÉGER

apresentadas em 5 de Dezembro de 2002 [1]

1. Por despacho de 22 de Fevereiro de 2001, o Oberster Gerichtshof (Áustria) submeteu ao Tribunal de Justiça três questões prejudiciais relativas à interpretação do artigo 21.° da Convenção de 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial [2]. Esta disposição prevê, no essencial, que, quando acções com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados contratantes, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar deve declarar-se incompetente a favor do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar.

I — Enquadramento jurídico

A — *A convenção*

2. Nos termos do seu preâmbulo, a convenção tem por finalidade facilitar o reconhecimento e a execução das decisões judiciais, em conformidade com o artigo 293.° CE, e reforçar na Comunidade Europeia a protecção jurídica das pessoas estabelecidas no seu território. O seu considerando refere que, para esse fim, é necessário determinar a competência dos órgãos jurisdicionais dos Estados contratantes na ordem internacional.

3. As regras relativas à competência estão previstas no título II da convenção. A secção 8, intitulada «Litispendência e conexão», destina-se a evitar a contradição entre decisões e a assegurar, assim, uma boa administração da justiça na Comunidade [3].

1 — Língua original: francês.

2 — JO 1972, L 299, p. 32; EE 01 F1 p. 186. Convenção com a redacção que lhe foi dada pela Convenção de 9 de Outubro de 1978, relativa à adesão do Reino da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (JO L 304, p. 1, e — texto alterado — p. 77; EE 01 F2 p. 131), pela convenção de 25 de Outubro de 1982 relativa à adesão da República Helénica (JO L 388, p. 1; EE 01 F3 p. 234), pela convenção de 26 de Maio de 1989 relativa à adesão do Reino de Espanha e da República Portuguesa (JO L 285, p. 1), e pela convenção de 29 de Novembro de 1996 relativa à adesão da República da Áustria, da República da Finlândia e do Reino da Suécia (JO 1997, C 15, p. 1). Uma versão consolidada da convenção, com a redacção resultante das alterações pelas quatro convenções de adesão, foi publicada no JO 1998, C 27, p. 1 (a seguir «convenção»).

3 — Relatório sobre a convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, dito «relatório Jenard» (JO 1979, C 59, p. 1; JO 1990, C 189, p. 122).

4. O artigo 21.°, que diz respeito à litispendência, prevê:

«Quando acções com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados contratantes, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar suspende oficiosamente a instância, até que seja estabelecida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar.

Quando estiver estabelecida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar, o segundo tribunal declara-se incompetente em favor daquele.»

5. O artigo 22.° trata da conexão e prevê:

«Quando acções conexas forem submetidas a tribunais de diferentes Estados contratantes e estiverem pendentes em primeira instância, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar pode suspender a instância.

Este tribunal pode igualmente declarar-se incompetente, a pedido de uma das partes, desde que a sua lei permita a apensação de acções conexas e o tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar seja competente para conhecer das duas acções.

Para efeitos do presente artigo, consideram-se conexas as acções ligadas entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente.»

B — *O direito austríaco*

6. Para compreender o processo, importa apresentar os princípios do direito austríaco sobre a compensação. No que se refere ao conceito de «compensação», basta recordar que se trata de um modo de extinção das obrigações. Tem por efeito extinguir simultaneamente obrigações distintas existentes entre duas pessoas que são reciprocamente devedoras uma da outra, tendo como limite a dívida menos elevada.

7. Em direito austríaco, a compensação tem lugar por declaração unilateral de uma das partes em relação à outra [4]. Não existem outros tipos de compensações conhecidas noutros direitos nacionais europeus, como a compensação legal (por força da lei) e a compensação judicial (por força de uma decisão judicial). Esta declaração pode ser feita extrajudicialmente, ou no âmbito de um processo. A declaração de compensação tem o mesmo efeito indepen-

4 — A compensação convencional (duas declarações recíprocas) é também possível.

dentemente de ser objecto de uma declaração extrajudicial ou de ter sido declarada no âmbito de um processo. Tem sempre efeito retroactivo: os dois créditos são considerados extintos no dia em que as condições da compensação se verificam, e não no dia da declaração de compensação, e o juiz limita-se a declarar que a compensação teve lugar.

II — Matéria de facto e tramitação processual do processo principal

8. A Gantner Electronic GmbH [5] é uma sociedade austríaca que produz e comercializa relógios para pombos correios. No âmbito da sua relação comercial com a sociedade neerlandesa Basch Exploitatie Maatschappij BV [6], enviava-lhe a sua mercadoria para revenda nos Países Baixos.

9. Considerando que a Basch não tinha pago o preço de venda das mercadorias entregues e facturadas até Junho de 1999, a Gantner pôs termo às relações comerciais entre as duas empresas.

10. A Basch intentou, em 7 de Setembro de 1999, uma acção no Arrondissementsrechtbank Dordrecht (Países Baixos) destinada a obter a condenação da Gantner numa indemnização por perdas e danos no montante de 2 520 814,26 euros [7]. Alega que, uma vez que a Gantner denunciou uma relação contratual que existia há mais de 40 anos, o prazo de denúncia deveria ter sido mais longo. Resulta do despacho de reenvio [8] que a Basch entendia ter direito a ao montante 2 700 428,82 [9], mas considerou que era necessário subtrair a esta quantia o montante de 170 852,34 euros [10] correspondente aos créditos da Gantner que considera justificados. O resultado desta subtracção conduz ao montante de 2 250 814,26 euros que a Basch reclamou. Procedeu, assim, a uma compensação por declaração de vontade [11], como prevista nas legislações neerlandesa e austríaca.

11. Em 22 de Setembro de 1999 [12], a Gantner intentou uma acção no Landesgericht Feldkirch (Áustria) destinada a obter a condenação da Basch a pagar-lhe o preço de compra das mercadorias entregues até 1999, no montante de 837 460,18 euros [13]. A Gantner não invocou este crédito no processo nos Países Baixos.

5 — A seguir «Gantner».

6 — A seguir «Basch».

7 — O despacho de reenvio refere que o montante reclamado é de 5 555 143,60 NLG (p. 3).

8 — Pp. 3 e 4.

9 — O despacho de reenvio refere que esta quantia é de 5 950 962 NLG (p. 4).

10 — O despacho de reenvio refere que esta quantia é de 376 509 NLG (p. 4).

11 — A seguir «compensação extrajudicial».

12 — Esta acção foi notificada à Basch em 21 de Dezembro de 1999.

13 — O despacho de reenvio refere que este montante é de 11 523 703,30 ATS (p. 4).

12. A Basch pede que a acção seja julgada improcedente. Sustenta que a parte do crédito da Gantner que considerava justificada (170 852,34 euros) se tinha extinguido por compensação extrajudicial e que o saldo (666 607,84 euros) estava compensado [14] com o remanescente do seu crédito resultante da indemnização por perdas e danos que era objecto do litígio nos Países Baixos. Além disso, a Basch requer ainda ao juiz austríaco a suspensão da instância, nos termos dos artigos 21.°, por litispendência, ou, nos termos do artigo 22.° da convenção, por conexão.

13. O órgão jurisdicional austríaco de primeira instância recusou-se a suspender a totalidade das diligências relativas ao processo. Contudo, decidiu suspender a instância em relação à excepção de compensação judicial.

14. A Basch recorreu da decisão de não suspender a totalidade das diligências relativas ao processo. O órgão jurisdicional de recurso, considerando que a excepção de pagamento por compensação extrajudicial podia dar origem a uma relação de litispendência entre os dois litígios, anulou a decisão da primeira instância.

15. A Gantner interpôs recurso desta decisão para o Oberster Gerichtshof.

III — As questões prejudiciais

16. O Oberster Gerichtshof considerou que a solução do litígio no processo principal dependia da interpretação do artigo 21.° da convenção. Assim, decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O conceito de 'o mesmo pedido e a mesma causa de pedir' constante do artigo 21.° da Convenção [...] abrange a excepção, aduzida pela demandada, consistente em ter extinguido, através de uma compensação extrajudicial, uma parte dos créditos reclamados, quando, segundo é alegado, a parte ainda não extinta deste contracrédito é objecto de um processo judicial que decorre entre as mesmas partes noutro Estado contratante e que resulta de uma acção anteriormente intentada?

2) Para determinar se acções judiciais têm 'o mesmo pedido e a mesma causa de pedir', há que ter em conta unicamente os argumentos apresentados pela

14 — Para distinguir as duas compensações declaradas pela Basch, será feita referência, a seguir, à segunda compensação como «compensação judicial» na acepção em que a declaração de vontade exigida pelo direito austríaco foi feita num processo judicial. Não se trata, portanto, como já vimos no n.° 6 das presentes conclusões, de uma compensação judicial como existe noutros direitos nacionais.

demandante no processo resultante de uma acção posteriormente intentada e, consequentemente, não ter em conta as excepções e pedidos da demandada, em especial o meio de defesa consistente na excepção processual da compensação de um crédito que é objecto de um processo judicial que decorre entre as mesmas partes noutro Estado contratante e que resulta de uma acção anteriormente intentada?

3) A decisão relativa a um pedido de indemnização por perdas e danos por denúncia ilícita de um contrato de vigência indefinida é vinculativa num processo posterior entre as mesmas partes relativo à questão da existência desta relação obrigacional?»

IV — O objecto das questões prejudiciais

17. Devido à complexidade dos factos do litígio e do processo principal, parece-nos útil resumir brevemente a situação. A Basch alega, no essencial, que o crédito da Gantner se extinguiu em consequência das duas compensações com o crédito resultante da indemnização por perdas e danos de que é titular. Se a primeira compensação foi declarada fora de qualquer processo e a segunda no processo austríaco, esta diferença não é pertinente à luz do direito austríaco [15]: nestes dois casos, se as condições previstas pela lei para que a compensação possa ter lugar estiverem preenchidas, o crédito da Gantner extingue-se no dia em que estas condições se verificaram [16]. O juiz austríaco deveria, portanto, declarar que o crédito da Gantner não existe no dia da pronúncia da decisão.

18. A dificuldade surge pelo facto de que a parte do crédito resultante da indemnização por perdas e danos da Basch, que é objecto da excepção de compensação judicial, é também objecto da acção que esta intentou nos Países Baixos. Isto coloca dois problemas. Em primeiro lugar, o juiz austríaco, quando examina o mérito da excepção de compensação judicial, deve examinar o mesmo crédito que é objecto do litígio nos Países Baixos. Em segundo lugar, quando examina o mérito da outra excepção de compensação (extrajudicial), deve examinar a questão da existência do contrato de concessão que será igualmente examinada pelo juiz neerlandês.

19. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se estas circunstâncias dão origem a

15 — V. n.º 6 das presentes conclusões. O direito neerlandês parece ser equivalente ao direito austríaco no que respeita à compensação.

16 — V. n.º 7 das presentes conclusões.

uma situação de litispendência na acepção do artigo 21.° da convenção [17].

crédito da Basch é susceptível de ampliar o objecto do litígio. Daqui resulta, em sua opinião, que é necessário ter em conta a excepção de compensação para determinar se a acção a que se opõe a compensação tem «o mesmo pedido ou a mesma causa de pedir» que outra acção submetida a um tribunal doutro Estado contratante (segunda questão prejudicial)

20. A primeira questão que se coloca é a de saber em que medida uma compensação invocada através de excepção pode dar origem a uma situação de litispendência. O juiz de reenvio parece considerar que há que equiparar a excepção de compensação a um pedido, o que lhe permitiria declarar-se incompetente como faria em relação a qualquer outro pedido, inicial ou reconvencional (primeira questão prejudicial). Entende que, se esta equiparação não for possível (e, portanto, não puder declarar-se incompetente unicamente em relação à excepção), se coloca ainda a questão de saber se o facto de ter de examinar o

21. Se se responder afirmativamente à primeira questão prejudicial, parece evidente que a excepção de compensação judicial é idêntica à acção intentada nos Países Baixos. Com efeito, ambas têm por objecto a existência da parte do crédito da Basch resultante da indemnização por perdas e danos que não foi objecto da compensação extrajudicial. Daqui resulta que o juiz austríaco deveria considerar-se incompetente para conhecer desta excepção.

17 — Parece-nos que a questão suscitada neste acórdão apenas se coloca nos tribunais dos Estados contratantes que prevêem a compensação por declaração unilateral. Nestes Estados, que fazem a distinção entre a «compensação legal» e a «compensação judicial», parece que só a compensação legal pode ser invocada através de excepção, devendo a compensação judicial ser objecto de um pedido reconvencional. Ora, tendo em conta as exigências prevista pela lei para a compensação legal (os créditos devem ser recíprocos, certos, exigíveis e líquidos), não haverá compensação legal, e portanto excepção de compensação, quando um dos créditos for objecto de uma acção. Se o réu quiser invocar um crédito que não é certo ou que não é líquido, deve, parece, fazer um pedido reconvencional. Ora, nestes casos, é evidente, que, se o crédito do réu é objecto de um processo noutro Estado contratante, só o pedido reconvencional está abrangido pela litispendência e o juiz nacional só não pode conhecer deste pedido. Nos Estados contratantes que apenas conhecem a compensação judicial, a compensação pode ser invocada por excepção ou por pedido, mas, em qualquer caso, o meio deve ser sempre admitido pelo juiz nacional. Parece-nos que o juiz nacional perante o qual a excepção de compensação é suscitada se recusará a admitir o meio se o crédito do réu for objecto de uma acção submetida a outro órgão jurisdicional. Para a distinção entre as diferentes famílias de direito em relação à compensação, v. as nossas conclusões nos processos Danværn Production (acórdão de 13 de Julho de 1995, C-341/93, Colect., p. I-2053, n.° 31), e Comissão/CCRE (C-87/01 P, n.os 32 e 34), ainda pendente no Tribunal de Justiça.

22. Se, em contrapartida, se considerar que esta equiparação não é possível, mas que a excepção de compensação deve ser tomada em consideração para comparar as duas acções em causa (respostas negativa à primeira questão e afirmativa à segunda), parece-nos que se deveria considerar que as duas acções têm «o mesmo pedido e a mesma causa de pedir», como consequência da identidade da excepção da compensação judicial e da acção nos Países Baixos. O juiz austríaco deveria, portanto, declarar-se incompetente para conhecer da totalidade do processo.

23. Resta, por último, a questão de saber se, na hipótese de uma excepção de compensação ser equiparável a uma acção, o juiz nacional deveria declarar-se incompetente também em relação à excepção de compensação extrajudicial. Esta questão é objecto da terceira questão prejudicial.

24. O órgão jurisdicional de reenvio afirma que, em direito austríaco, esta «acção» não é considerada idêntica à acção que foi intentada nos Países Baixos, mas conexa com ela [18], e não dá lugar a uma situação de litispendência. O órgão jurisdicional de reenvio duvida, no entanto, que esta solução nacional seja válida no âmbito do artigo 21.° da convenção. Recorda que o Tribunal de Justiça, no acórdão de 8 de Dezembro de 1987, Gubisch Maschinenfabrik [19], considerou que havia litispendência numa das situações em que a questão suscitada a título principal num dos litígios apenas constituía uma questão prévia para a solução da outra. Nesse processo, as duas acções em causa tinham por objecto, respectivamente, a execução de um contrato de venda internacional de mercadorias e a declaração de nulidade do referido contrato. O Tribunal de Justiça considerou que a força obrigatória do contrato se encontrava no centro da discussão em ambos os litígios [20] e que existia um risco de as decisões serem inconciliáveis se as duas acções não fossem julgadas pelo mesmo juiz [21].

25. O órgão jurisdicional de reenvio afirma que a situação no caso em apreço não corresponde exactamente à que deu lugar ao acórdão Gubisch Maschinenfabrik, já referido. Se, no referido processo, as duas acções suscitavam a questão da validade do contrato, aqui, a questão da existência do contrato de concessão é apenas prévia nos dois litígios. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, portanto, se o Tribunal de Justiça entende ainda que se deva ampliar o conceito de «mesmo pedido e mesma causa de pedir» de forma a considerar que haveria litispendência numa situação como a que está em causa no processo principal.

26. É neste sentido que é necessário entender, em nossa opinião, a terceira questão submetida ao Tribunal de Justiça pelo Oberster Gerichtshof. Com esta questão, o juiz de reenvio pergunta, é certo, se a apreciação feita pelo juiz neerlandês sobre a existência de um contrato é vinculativa para o juiz austríaco. O juiz de reenvio, no entanto, pretende apenas, parece-nos, determinar se há litispendência entre a excepção de compensação extrajudicial e a acção pendente nos Países Baixos [22].

18 — Este órgão explica que, em direito nacional, a apreciação feita por um juiz nacional sobre uma questão prévia (como, no caso em apreço, a existência do contrato de concessão) não é vinculativa para o juiz chamado a decidir posteriormente um pedido diferente, mas que suscita a mesma questão, sempre como questão prévia. Daqui resulta que, quando os dois processos correm em simultâneo, não há litispendência.

19 — 144/86, Colect., p. 4861, n.os 16 a 18. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça optou por uma definição ampla deste conceito, entendendo que dois pedidos referentes, respectivamente, à execução de um contrato de venda internacional e à declaração da sua nulidade tinham o mesmo objecto na acepção do artigo 21.° da convenção.

20 — N.° 17.

21 — N.° 18.

22 — Esta interpretação da questão prejudicial é confirmada pela fundamentação do despacho de reenvio que apenas refere a questão da litispendência. Além disso, ao órgão jurisdicional de reenvio apenas é submetida a questão de saber se há litispendência entre a acção intentada na Áustria e a acção intentada nos Países Baixos. Todas estas questões se destinam a permitir-lhe pronunciar-se sobre esta questão.

27. Parece-nos que as questões prejudiciais podem, assim, ser apresentadas da seguinte maneira:

1) O conceito de «o mesmo pedido e a mesma causa de pedir» constante do artigo 21.° da convenção abrange também uma excepção de compensação?

2) Para determinar se acções judiciais têm «o mesmo pedido e a mesma causa de pedir», há que ter em conta unicamente os argumentos apresentados pela demandante e, consequentemente, não ter em conta a excepção de compensação suscitada pela demandada?

3) A decisão relativa a um pedido de indemnização por perdas e danos por denúncia ilícita de um contrato de vigência indefinida é vinculativa num processo posterior entre as mesmas partes relativo à questão da existência desta relação obrigacional, de forma que, sendo a segunda acção intentada antes de o primeiro litígio estar terminado, daria origem a uma situação de litispendência?

V — A resposta às questões prejudiciais

A — *Quanto à primeira questão*

28. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o conceito de «mesmo pedido e mesma causa de pedir» constante do artigo 21.° da convenção abrange uma excepção de compensação suscitada pela Basch. Esta questão destina-se a saber se uma excepção de compensação pode ser equiparada a uma acção, de forma que o órgão jurisdicional chamado a decidir, na sequência de tal excepção relativa a um crédito que é objecto de outro litígio, deve declarar-se incompetente em relação a esta excepção como deveria declarar-se incompetente para conhecer de uma acção.

29. Pensamos que deve ser dada resposta negativa a esta questão.

30. O problema foi suscitado no processo Meeth[23]. Naquele processo, o Bundesgerichtshof (Alemanha) pedia ao Tribunal de Justiça a interpretação do artigo 17.°, primeiro parágrafo, da convenção[24]. Tratava-se de saber se o juiz alemão designado

23 — Acórdão de 9 de Novembro de 1978 (23/78, Colect., p. 697).

24 — Esta disposição prevê que, «[s]e as partes, das quais pelo menos uma se encontre domiciliada no território de um Estado contratante, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado contratante têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência exclusiva [...]».

pelas partes, ao abrigo de um pacto atributivo de jurisdição, como o único competente para conhecer das acções de uma das partes contra a outra, era competente para conhecer de uma excepção de compensação suscitada pelo réu. O pacto atributivo de jurisdição tinha como efeito excluir a possibilidade de o réu invocar a compensação através de pedido reconvencional. O órgão jurisdicional de reenvio perguntava se tal cláusula contratual excluía também a possibilidade de invocar a compensação através de simples excepção. O Tribunal de Justiça parece ter considerado que, excepto se as partes tivessem excluído esta possibilidade, o juiz deveria ter em conta a compensação [25]. O advogado-geral F. Capotorti foi mais longe nas suas conclusões neste processo e, depois de ter claramente demonstrado a diferença entre excepção de compensação e pedido reconvencional, considerou que as partes não podiam excluir a excepção de compensação da competência do juiz competente para decidir a acção. Afirmou que «[i]maginar que a excepção possa ser apreciada por um juiz que não é aquele que decide a acção equivaleria a destruir a unidade do processo e a ignorar o direito de defesa» [26].

31. No seu acórdão Danværn Production, já referido [27], o Tribunal de Justiça decidiu claramente que uma excepção de compensação não é um pedido reconvencional. Neste acórdão, o Vestre Landsret (Dinamarca) submeteu ao Tribunal de Justiça a questão de saber se a expressão «pedido reconvencional» constante do artigo 6.°, n.° 3, da convenção [28] deve ser interpretada no sentido de que diz respeito unicamente aos pedidos reconvencionais apresentados para pedir a compensação [29]. O Tribunal de Justiça considerou que a expressão «pedido reconvencional» deve ser reservada às situações em que o réu pede uma condenação distinta do autor. Se o réu invoca como simples fundamento de defesa um crédito, de que se afirma titular, sobre o autor, não se trata de um pedido reconvencional [30].

32. Resulta, portanto, da jurisprudência do Tribunal de Justiça que uma excepção de compensação deve ser distinguida de um pedido reconvencional. É certo que os acórdãos já referidos Danværn Production e Meeth não tinham por objecto o artigo 21.° da Convenção, mas outras disposições da referida convenção. Ora, parece-nos que esta solução deve ser aplicada quando se trata de apreciar a litispendência.

25 — Acórdão Meeth, já referido (n.° 8).

26 — N.° 4.

27 — N.° 18.

28 — Esta disposição prevê que «[o] requerido com domicílio no território de um Estado contratante pode também ser demandado [...] se se tratar de um pedido reconvencional que derive do contrato ou do facto em que se fundamenta a acção principal, perante o tribunal onde esta última foi instaurada».

29 — N.° 10. A dificuldade resultava do facto de, em direito processual dinamarquês, a expressão «pedido reconvencional» ser utilizada para designar tanto os meios de defesa destinados à improcedência dos pedidos do autor como os meios destinados à condenação do autor em conformidade com o pedido reconvencional. O direito dinamarquês não conhece, portanto, a distinção terminológica entre «excepções» e «pedido reconvencional» que parece existir nos outros direitos nacionais (v. n.os 17 do referido acórdão, 18 das nossas conclusões no referido processo e conclusões do advogado-geral F. Capotorti no acórdão Meeth, já referido, n.° 3).

30 — N.° 18 do acórdão.

33. Importa, com efeito, manter uma mesma qualificação da excepção de compensação para a aplicação de todas as disposições da convenção, tanto mais que estas disposições são susceptíveis de ser aplicadas no mesmo litígio. Por exemplo, no caso em apreço, resulta do acórdão Danværn Production, já referido, que o artigo 6.°, n.° 3, da convenção não é aplicável porque a compensação foi invocada por via de excepção e não de pedido reconvencional. O juiz austríaco não podia, portanto, declarar-se incompetente para conhecer da excepção nos termos desta disposição. Nestas circunstâncias, no entanto, considerar que mesmo assim se devia declarar incompetente, nos termos do artigo 21.°, porque a excepção de compensação deve ser equiparada a uma acção, constituiria uma contradição e consistiria em qualificar a excepção de forma diferente no mesmo processo.

34. Assim, parece-nos que a excepção de compensação não deve ser considerada, para efeitos do artigo 21.° da convenção, uma acção.

35. Assim, propomos ao Tribunal de Justiça que responda que o conceito de «o mesmo pedido e a mesma causa de pedir» constante do artigo 21.° da convenção não abrange uma excepção de compensação.

B — *Quanto à segunda questão*

36. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se uma excepção de compensação deve ser tida em conta para comparar se a acção contra a qual foi suscitada tem «o mesmo pedido e a mesma causa de pedir», na acepção do artigo 21.° da convenção, que outra acção intentada perante um juiz doutro Estado contratante.

37. Parece-nos que importa precisar, a título liminar, deixando momentaneamente de lado a questão da compensação, que as duas acções intentadas nos Países Baixos e na Áustria não são idênticas na acepção do artigo 21.° da convenção.

38. A existência de uma situação de litispendência em direito comunitário exige, nos termos do artigo 21.° da convenção, que exista uma tripla identidade entre as duas acções: das partes, da causa de pedir e do pedido. Se uma destas identidades não existe, a litispendência não se verifica.

39. No caso em apreço, parece-nos evidente que as duas acções não têm a mesma causa de pedir. A causa de pedir, na acepção do artigo 21.° da convenção, foi definida pelo Tribunal de Justiça como

abrangendo «os factos e as normas jurídicas invocados como fundamento da acção» [31]. Nem os factos nem as normas jurídicas invocados em cada uma das acções são idênticos.

40. Assim, os factos que estão na base da acção intentada pela Basch nos Países Baixos podem ser resumidos, segundo parece, da seguinte forma: 1) existia um contrato de concessão entre as duas partes há mais de 40 anos, e 2) a Gantner denunciou o referido contrato sem respeitar o prazo que era exigível tendo em conta a sua duração. Em contrapartida, os factos que estão na base da acção intentada pela Gantner na Áustria são os seguintes: 1) a Gantner entregou e facturou mercadorias à Basch, e 2) esta não pagou o preço das mercadorias.

41. No que diz respeito à norma jurídica, a acção intentada nos Países Baixos ter-se-á baseado no alegado contrato de concessão, ao passo que a acção intentada na Áustria se terá baseado na venda das mercadorias [32].

42. A questão é saber se o facto de uma excepção de compensação ter sido suscitada é susceptível de alterar esta análise.

43. O Tribunal de Justiça já declarou que o conceito de litispendência não é o mesmo em todas as ordens jurídicas dos Estados contratantes e que não se pode deduzir de uma aproximação das várias disposições nacionais aplicáveis um conceito comum de «litispendência» [33]. O Tribunal de Justiça decidiu, portanto, que os conceitos contidos no artigo 21.° da convenção devem ser considerados autónomos [34]. Tentaremos, assim, responder à questão que foi colocada a partir do texto, da economia e dos objectivos do artigo 21.° da convenção.

44. Antes de mais, o texto do artigo 21.° da convenção dispõe que existe litispendência quando duas «*acções* com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes *forem submetidas* à apreciação de tribunais de diferentes Estados contratantes» [35].

45. Dois elementos parecem-nos essenciais. Por um lado, esta referência ao termo «acções» é significativa, uma vez que certos direitos nacionais dispõem que há litispendência quando dois «litígios» são idênti-

31 — Acórdão de 6 de Dezembro de 1994, Tatry (C-406/92, Colect., p. I-5439, n.° 39).

32 — O fundamento jurídico da acção da Gantner na Áustria não resulta claro da leitura do despacho de reenvio. As partes afirmaram, contudo, na audiência que esta acção não se baseia num contrato de concessão (cuja existência é contestada pela Gantner), mas na compra ou na entrega das mercadorias.

33 — Acórdãos Gubisch Maschinenfabrik, já referido (n.os 10 e 11), e de 7 de Junho de 1984, Zelger (129/83, Recueil, p. 2397, n.° 13).

34 — Acórdão Gubisch Maschinenfabrik, já referido (n.° 11).

35 — Sublinhado nosso.

cos [36]. O pedido (ou petição) [37] é definido como o «acto pelo qual é intentada uma acção em tribunal» [38]. As outras versões linguísticas da convenção fazem também referência ao acto que dá início à instância. Assim, por exemplo, a convenção utiliza a expressão «klagen» em alemão, «demanda» em espanhol, «domande» em italiano, «vorderingen aahangig zijn» em neerlandês, «acções» em português, «kanteita» em finlandês, «talan» em sueco, e «proceedings are brought in the courts» em inglês.

46. Por outro lado, nos termos do artigo 21.° da convenção, a litispendência surge automaticamente quando duas acções idênticas são intentadas. O Tribunal de Justiça decidiu que o momento em que uma acção é intentada é do domínio do direito processual do Estado do órgão jurisdicional em que esta é intentada [39]. Os direitos nacionais dos Estados contratantes prevêem, é certo, formalidades diferentes para considerarem que a acção foi intentada (notificação do réu, data de registo do processo) [40]. Ora, estas formalidades são sempre anteriores à apresentação da contestação. Daqui resulta que a acção é intentada, na acepção do artigo 21.° da convenção, antes de os meios de defesa serem apresentados. A situação está assim definida (positiva ou negativamente) e os meios de defesa, sejam eles quais forem, não a podem modificar [41].

47. Mas é sobretudo essencial, em nossa opinião, ter presente a economia do artigo 21.° da convenção. Esta disposição obriga o juiz ao qual foi submetida uma acção idêntica a outra, intentada anteriormente perante um órgão jurisdicional de outro Estado contratante, a declarar-se incompetente em favor do primeiro tribunal a partir do momento em que seja estabelecida a competência deste último. Trata-se, assim, de uma *obrigação de declaração de incompetência* [42].

48. Importa, assim, ver quais serão as consequências desta declaração de incompetência quando unicamente a excepção de compensação invocada no segundo processo é idêntica à acção intentada em primeiro lugar. Assim, no presente processo, a atribuição de relevância à excepção de compensação obrigaria o juiz austríaco a declarar-se incompetente, numa situação em que acção intentada nos Países Baixos, como se viu [43], não é idêntica à acção da Gantner. O processo austríaco seria arqui-

36 — Assim, o artigo 100.° do novo código de processo civil francês dispõe que: «[s]e o mesmo litígio está pendente perante duas jurisdições do mesmo nível igualmente competentes para dele conhecerem, a jurisdição à qual o litígio foi submetido em segundo lugar deve, a pedido de uma das partes, declarar a sua incompetência a favor da outra jurisdição [...]». Em direito espanhol, v. De la Oliva Santos, A. e Fernández López, M. A.: *Derecho procesal civil*, 1993 (pp. 65 e 66).

37 — Ndt: O advogado-geral menciona neste contexto o termo «demande», de que a tradução portuguesa correcta é «pedido» ou «petição» e que na versão portuguesa do artigo 21.° da convenção se encontra traduzido por «acção». Esta precisão é importante para se compreender a sequência do raciocínio do advogado-geral, que se baseia no conceito de «pedido» ou «petição».

38 — Nota irrelevante para a versão portuguesa.

39 — Acórdão Zelger, já referido (n.os 14 a 16).

40 — V. conclusões do advogado-geral G. F. Mancini no processo Zelger, já referido (n.° 4).

41 — Além disso, o direito francês, por exemplo, exige que a excepção de litispendência seja suscitada *in limine litis* antes de qualquer defesa de mérito ou da verificação dos pressupostos processuais (artigo 74.°, primeiro parágrafo, do novo código de processo civil francês). V. Cadiet, L., *Droit judiciaire privé*, Litec, Paris, 1998 (n.° 628). Em direito espanhol, a nova lei relativa ao processo civil exige igualmente que a litispendência seja invocada antes da apresentação da contestação (v. Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de Janeiro de 2000, artigo 39.°).

42 — Ao invés, o artigo 22.° da convenção prevê a possibilidade de o tribunal ao qual a acção foi submetida em segundo lugar suspender a instância se considerar que acção que lhe foi submetida é conexa com outra acção submetida a um tribunal estrangeiro.

43 — V. n.os 37 e 38 das presentes conclusões.

vado e nenhum juiz se pronunciaria sobre a questão da existência do crédito da Gantner. Esta solução conduziria, assim, a uma verdadeira denegação de justiça [44].

49. Além disso, como o Governo austríaco sublinhou [45], a compensação apenas é alegada, em geral, a título subsidiário, dito de outra forma, o réu apenas invoca o seu crédito na hipótese de a existência actual do crédito do autor ser admitida. Se o juiz considerar que o crédito invocado pelo autor nunca existiu ou que já está extinto por outras causas, não examinará o crédito invocado em compensação. A litispendência que poderia surgir em consequência da excepção de compensação apenas seria assim, em qualquer caso, «subsidiária». Neste contexto, a declaração de incompetência parece-nos ainda inadequada, na medida em que privaria o autor de uma decisão sobre o seu crédito, quando, no momento em que esta declaração é feita, ainda nem sequer é certo que o juiz seja obrigado a examinar o crédito do réu.

50. Tudo ponderado, esta solução não nos parece contrária aos objectivos do artigo 21.° da convenção. Esta disposição visa evitar que em tribunais de diversos Estados contratantes estejam pendentes processos paralelos que tenham por objecto o mesmo pedido e a disparidade de decisões que daí poderia resultar [46].

51. É certo que, no caso de o direito processual do juiz perante o qual a excepção é suscitada atribuir força de caso julgado à apreciação feita ao crédito do réu, se poderia recear que fossem tomadas decisões inconciliáveis e recusado o reconhecimento. Ora, a convenção prevê, para além da litispendência, outro meio para evitar esta contrariedade. Assim, o artigo 22.°, terceiro parágrafo, da convenção dá ao juiz nacional a possibilidade de suspender a instância no caso de duas acções, sem serem idênticas, estarem «ligadas entre si por um nexo tão estreito que haja interesse em que sejam instruídas e julgadas simultaneamente para evitar soluções que poderiam ser inconciliáveis se as causas fossem julgadas separadamente».

52. Parece-nos, assim, que, se o juiz nacional a quem a acção foi submetida em segundo lugar considerar que a decisão que deve tomar poderá ser inconciliável com outra que será proferida noutro Estado contratante, poderá suspender a instância ao abrigo do artigo 22.° da convenção. Esta solução permitiria manter a coerência do

44 — O relatório Jenard, ao comentar o artigo 22.° da convenção, sublinha a importância de evitar os conflitos negativos de competência.

45 — V. observações escritas (pp. 1 e 5).

46 — Acórdão Gubish Maschinenfabrik, já referido (n.° 8).

conceito de «litispendência» e respeitar os direitos do segundo autor, ao mesmo tempo que evitaria a existência de decisões inconciliáveis.

53. Além disso, parece que determinados direitos nacionais que, como o direito austríaco, prevêem a compensação por declaração unilateral, autorizam o juiz nacional a suspender a instância no que respeita à excepção de compensação (foi o que foi feito no processo principal) e mesmo, em certas circunstâncias, a proferir a sua decisão sobre o crédito do autor sob reserva da decisão sobre a compensação [47]. Esta decisão «provisória» é mesmo susceptível de ser objecto de execução coerciva. Os juízes em questão poderão, assim, utilizar esta possibilidade e suspender a instância por motivo de conexão, ao abrigo do artigo 22.° da convenção, unicamente com base na excepção de compensação suscitada pelo réu. O processo relativo ao pedido poderia assim continuar o seu curso normal.

54. À luz das considerações precedentes, propomos, assim, que o Tribunal de Justiça responda que, para determinar se acções judiciais têm «o mesmo pedido e a mesma causa de pedir», há que ter em conta unicamente os argumentos apresentados pela demandante e, consequentemente, não ter em conta a excepção de compensação suscitada pela demandada.

C — *Quanto à terceira questão*

55. O órgão jurisdicional nacional pergunta se a apreciação feita, num litígio relativo a um crédito resultante de uma indemnização por perdas e danos por denúncia ilícita de um contrato de concessão relativa à própria questão da existência deste contrato, é vinculativa num litígio posterior relativo a um crédito diferente, mas baseado na denúncia ilícita do mesmo contrato.

56. Como já vimos [48], com esta questão, o órgão jurisdicional nacional pretende saber se existe uma situação de litispendência entre a excepção de compensação extrajudicial e o pedido apresentado nos Países Baixos. Ora, já assinalámos que esta questão apenas tem interesse para a solução do litígio no processo principal se se admitir que uma excepção de compensação deve ser equiparada a um pedido em relação ao qual o juiz pode declarar-se incompetente. Tendo em conta que consideramos que esta equiparação não é possível e que o juiz não pode declara-se incompetente para conhecer de uma excepção de compensação, esta questão não tem, portanto, objecto.

47 — V., designadamente, §§ 145, n.° 3, e 302, do código de processo alemão, bem como § 391, n.° 1, do código de processo austríaco.

48 — N.os 23 a 26 das presente conclusões.

VI — Conclusão

57. Face aos elementos expostos, propomos ao Tribunal de Justiça que responda da maneira seguinte às questões submetidas pelo Oberster Gerichtshof:

«1) O conceito de 'o mesmo pedido e a mesma causa de pedir' constante do artigo 21.° da convenção de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial não abrange uma excepção de compensação.

2) Para determinar se acções judiciais têm 'o mesmo pedido e a mesma causa de pedir', há que ter em conta unicamente os argumentos apresentados pela demandante e, consequentemente, não ter em conta a excepção de compensação suscitada pela demandada.»